



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

Princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária no contencioso administrativo

The principle of facultative devolution or of discretionary sufficiency in the contentious administrative law

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

Resumo: No presente estudo desenvolvemos, criticamente, os aspetos mais marcantes do princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária no contencioso administrativo. O seu enquadramento dogmático, os seus caracteres fundamentais, a concretização prática do substrato contencioso dos dois princípios em que se desdobra – devolução facultativa; suficiência discricionária. Finalmente, a problematização destes dois critérios jurídicos enquanto instrumentos orientativos da conduta do interprete/julgador nos tribunais administrativos.

Palavras-chave: questão prejudicial; devolução facultativa; suficiência discricionária; discricionariedade; sindicabilidade.

Abstract: This study develops, critically, the most striking aspects the principle of facultative devolution or of discretionary sufficiency in contentious administrative law. Their dogmatic frame, their basic characters, the practical realization of content of the two principles in that develops - facultative devolution; discretionary sufficiency. Finally, the problematization of these two legal criteria as orientative instruments of the interpreter/judge conduct in the administrative courts.

Keywords: prejudicial question; facultative devolution; discretionary sufficiency; discretionary power; impeachment.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p324-340>

Artigo submetido em: outubro de 2014

Aprovado em: novembro de 2014

PRINCÍPIO DA DEVOLUÇÃO FACULTATIVA OU DA SUFICIÊNCIA DISCRICIONÁRIA NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ricardo Alexandre Cardoso RODRIGUES*

Sumário: 1 Breve enquadramento; 1.1 Enquadramento sistemático; 2 Princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária; 2.1 Densificação legal; 3 Dos princípios; 3.1 Pontos a aprimorar; 3.1.1 Das questões prejudiciais; 3.1.2 Delimitação – parte I; 3.1.3 Delimitação – parte II; 4 Discricionariedade e sindicabilidade; 4.1 Discricionariedade; 4.2 Sindicabilidade; 5 Da decisão provocada; 6 Conclusão; 7 Referências bibliográficas.

1 Breve enquadramento

O princípio que pretendemos analisar não se encontra isolado, mas como caractere constitutivo de um microsistema de princípios relativos à prossecução processual (decurso, condução e extinção) (ANDRADE, 2012, p. 441) que partilha um lugar, a par de outros microsistemas, num macrosistema designado de princípios gerais do processo administrativo. Todos os elementos compreendidos nesse macrocosmos revelam-se dos desígnios constantes do conteúdo das normas adjetivas de direito administrativo, que “(...) lhes dão concretização e (...) permitem a sua formulação a partir das soluções estabelecidas” (ANDRADE, 2012, p. 425). Estes princípios processuais apresentam-se como construções analíticas feitas pelo intérprete/aplicador do direito com base nas soluções jurídicas densificadas nas normas legais do processo administrativo, “exemplo expressivo de um momento em que a ciência do direito constrói o seu próprio objecto” (ANDRADE, 2012, p. 425).¹

1.1 Enquadramento Sistemático

Dos princípios gerais do processo administrativo (ANDRADE, 2012, p. 425-429).

<i>I. Princípios relativos à promoção processual</i>
- Princípio da necessidade do pedido
- Princípio da promoção alternativa, particular ou pública
<i>II. Princípios relativos ao âmbito processual</i>
- Princípio da vinculação do juiz ao pedido

* *Mestre em Direito. Membro do Instituto Jurídico Portucalense.*

¹ Para mais desenvolvimentos sobre as características dos princípios em geral e respetiva distinção das regras, ver Canotilho (2012, p. 1160-1161). Na prática, e em particular, a distinção na dogmática jurídico civilística, cf. Rodrigues; Mimoso (2014, p. 11-12), Rodrigues; Mimoso (2014, p. 39-40) e Rodrigues; Mimoso (2015).

- Princípio da limitação do juiz pela causa do pedido
<i>III. Princípio relativos à prossecução processual –</i>
<i>ex:</i>
- Princípio da tipicidade e da adequação formal da tramitação
- Princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária
- Princípio da igualdade das partes e da boa-fé processual
<i>IV. Princípios relativos à prova – ex.</i>
- Princípio da investigação
- Princípio da universalidade dos meios de prova
<i>V. Princípios relativos à forma processual – ex.</i>
- Princípio da fundamentação obrigatória das sentenças.

2 Princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária

Em termos dogmáticos, este princípio – basilar do sistema de contencioso administrativo – desdobra-se em dois princípios estruturantes² – *devolução facultativa e suficiência discricionária* – que se apresentam, *valorativamente*, numa posição intermédia ou eclética, em comparação com o substrato das teses de devolução obrigatória (acolhida, entre nós, até 1984) e a tese do conhecimento obrigatório.

Este regime foi instituído pelo Estatuto do Tribunal Administrativo e Fiscal (ETAF) (art. 4.º n.º2) [desenvolvido pelo art. 7.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA)], em 1984 (valia até então o princípio da devolução obrigatória)³ (SANTOS BOTELHO, 2002, p. 37 e seguintes e 151-152).

Concretizando, conforme revela o conteúdo do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo/Pleno de 18-02-1998, de processo 125899: no art. 4, n.º 2 do ETAF o legislador consagrou “inovatoriamente o princípio da suficiência da jurisdição administrativa”. E, contrariamente ao que acontecia no direito anterior - art. 72 do

² Ou diferentes perspetivas do mesmo princípio.

³ Sobre o alcance deste poder do juiz, v. Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo/ Pleno*, de 16/4/97. p. 27375 (ANDRADE, 2012, p. 425).

Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo: “o Juiz tem hoje a faculdade, não o dever, de sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie.”

Mais adiante afluiremos os contornos desse poder conferido pelo legislador português.

2.1 Densificação legal

A sede legal dos princípios em análise está no artigo 15.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) (Lei n.º 15/2002 de 22 de Fevereiro) que, em termos sistemáticos, encontra-se no capítulo III, secção I. Para o efeito hermenêutico pretendido é bastante uma mera interpretação literal, todavia, sem descuidar o elemento teleológico constante da respectiva norma jurídica, no caso do princípio da devolução facultativa (art. 15.º n.º1 do CPTA), e promover uma interpretação por inferência de princípios gerais implícitos, no demarcar dos respetivos corolários do princípio da suficiência discricionária⁴ (ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 190).

Artigo 15.º

(Extensão da competência à decisão de questões prejudiciais)

- 1- Quando o conhecimento do objecto da acção dependa, no todo ou em parte, da decisão de uma ou mais questões da competência de tribunal pertencente a outra jurisdição, pode o juiz sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie.
- 2- A suspensão fica sem efeito se a acção da competência do tribunal pertencente a outra jurisdição não for proposta no prazo de dois meses ou se ao respectivo processo não for dado andamento, por negligência das partes, durante o mesmo prazo.
- 3- No caso previsto no número anterior, deve prosseguir o processo do contencioso administrativo, sendo a questão prejudicial decidida com efeitos a ele restritos.

3 Dos Princípios

Partindo dos considerandos interpretativos, acima mencionados, e do conteúdo das disposições do artigo 15.º do CPTA, estamos habilitados, ora, a proceder à análise dos particularismos processuais dos princípios em análise.

Assim, e de forma ainda incipiente, podemos, concretizando, entender que quando o julgador de um tribunal administrativo estiver perante uma questão prejudicial, que inviabiliza a continuidade do processo administrativo, por fazer depender a questão

⁴ Nome atribuído pelo autor Vieira De Andrade (2012, p. 446-447).

principal da sua resolução, cuja competência é atribuída a tribunais pertencentes a uma ordem de jurisdição distinta (a fiscal incluída) (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 188), pode tomar uma de duas decisões: sobrestar na decisão até que o tribunal [competente] se pronuncie (devolução facultativa), ou decidir a questão [prejudicial] com base nos elementos de prova admissíveis - se bastantes - e com efeitos restritos àquele processo (suficiência discricionária) (ANDRADE, 2012, p. 446).

No entanto, o julgador deverá decidir a questão prejudicial e julgar, nesses termos, a questão principal se, e tendo ele optado por sobrestar, houver inércia dos interessados por mais de dois meses na instauração da respectiva ação ou negligência no andamento do processo relativo à questão prejudicial. Deverá, também, ele optar por decidir a questão prejudicial se (conjugando o princípio da suficiência com princípio da economia processual) esta se apresentar simples - pouco complexa ou ainda que complexa de fácil alcance seja na componente técnico-dogmática seja na construção lógico-racional da decisão de fato e/ou de direito - e existirem no processo todos os elementos necessários à formação do juízo respetivo (ANDRADE, 2012, p. 447).

3.1 Pontos a aprimorar

Do exposto permanecem latentes algumas questões que deverão ser desconstruídas, a par de alguns esclarecimentos fundamentais, para que o entendimento acerca do nosso comando jurídico se torne suficientemente pleno.

As dúvidas evidenciam-se no plano das questões prejudiciais e da discricionariedade. Já os pontos a esclarecer incidem sobre a devolução facultativa, respetivos requisitos e consequências, mas, também, sobre a suficiência discricionária e suas especificidades, a par de outros esclarecimentos de teor terminológico.

3.1.1 Das questões prejudiciais

O comando jurídico proposto para estudo (art. 15.º do CPTA), corresponde a um dispositivo de extensão de competências (para os tribunais administrativos) a matérias (âmbito das questões prejudiciais) distintas das constantes no conteúdo do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF). Nestes termos e, sem esquecer a alínea 2 e 3 do mesmo artigo, tendo em apressa a teoria tricolor de Vieira de Andrade, permitir-se-á a entrada de matérias que, no âmbito da competência de jurisdição, estariam compreendidas na zona vermelha, ou seja, na zona de apreciação proibida, ou vedada, pela Constituição da República Portuguesa (CRP). Nesta zona, integram-se: todas

as questões de direito privado em que não intervenha a Administração (ou antes por ela formados), nem tenham a ver com o exercício da função administrativa, bem como, por regra, as questões que consistam na *impugnação directa de actos típicos de outras funções estaduais*, designadamente, de actos da função política (pelo menos daqueles que não

sejam actos do Governo), de normas editadas no exercício da função legislativa (incluindo as constantes de decretos leis) e de (ato) de natureza jurisdicional (que não sejam os dos próprios tribunais administrativos) (ANDRADE, 2000, p. 12).

Matérias da competência principal de tribunais pertencentes a outra ordem de jurisdição. Caso diferente ocorre com a competência prejudicial dos tribunais judiciais que só abrange questões dessas de natureza penal ou administrativa (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 189).

É ponto assente que se trata de uma questão que deve prejudicar/ impedir, tanto total como parcialmente, a decisão sobre o objeto da ação administrativa. Tratando-se, nestes termos, de uma questão “cuja resolução prévia constitui condição da decisão de mérito” (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 187-188).

3.1.1.1 Caracteres da questão prejudicial

Para tratar-se de uma verdadeira questão deste tipo deverá reunir um conjunto de requisitos cumulativos (SIMAS SANTOS; LEAL; HENRIQUES, 2008, p. 121 -122):

- representar um *antecedente lógico - jurídico* da decisão da questão principal, de tal modo que se imponha e que se resolva antes da decisão final da questão principal [*Questão prévia e prejudicial – Dependência*];⁵
- ser *autônoma*, no sentido de, por si só, pelo seu objeto ou natureza, poder legitimar a um processo independente no seu tribunal de origem, por sua vez, constitutivo de ordem de jurisdição distinta da Administrativa [*Autonomia processual e jurisdicional*];⁶
- ser *necessária*, no sentido de a sua resolução ser plausível - não meramente dilatória – [*Necessidade*]

3.1.1.2 Exemplos:

- Se o tribunal tem de julgar a validade do ato administrativo de demolição de um prédio urbano, caber-lhe-á apurar, anteriormente, da titularidade do bem demolido.
- Se o tribunal administrativo tem de julgar a validade do ato administrativo que indeferiu a atribuição de uma pensão pública de viuvez pela morte de quem o(a)

⁵ Segundo Alberto dos Reis “uma causa é prejudicial em relação a outra quando a decisão daquela pode prejudicar a decisão desta, isto é, quando a procedência da primeira tira razão de ser à existência da segunda” (REIS, 1946, p. 206). Por sua vez, Lebre de Freitas considera como questão prejudicial “toda aquela cuja resolução constitui pressuposto necessário da decisão de mérito, quer esta necessidade resulte da configuração da causa de pedir, quer da arguição ou existência duma (exceção) ([perentória] ou dilatória), quer ainda do objeto de incidentes em correlação lógica com o objeto do processo, e seja mais ou menos (direta) a relação que ocorra entre essa questão e a pretensão ou o *thema decidendum*” (FREITAS, 2009, p. 130 -131).

⁶ Questões de natureza heterogénea.

requerente reclama ser seu cônjuge, deverá decidir-se, anteriormente, da validade do casamento hipoteticamente celebrado *in articulo mortis* (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 188).

3.1.2 Delimitação – parte I

Das questões incidentais (art.96.º do CPC).⁷

3.1.2.1 Dos incidentes – “os procedimentos anómalos, sequência de (atos) que exorbitam da tramitação normal do processo” tendo, por esse fato, caráter eventual, “visando a resolução de determinadas questões que, embora de algum modo relacionadas com o (objeto) do processo, não fazem parte do encadeamento lógico necessário à resolução do pleito tal como ele é desenhado pelas partes” (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, P. 188), como sucede com a verificação do valor da causa, com a intervenção de terceiros, a habilitação (art. 302.º seguintes do CPC⁸) (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA 2006, p. 188). No entanto, a questão incidental poderá estar “em correlação lógica necessária com o *thema decidendum*, tal como ele se apresenta ao juiz no final (...)” (FREITAS, 2009, p. 131).

3.1.2.2 Das questões (jurídico-administrativas) suscitadas pelo réu como meio de defesa (as exceções dilatórias ou peremptórias) (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 188).

Atendendo ao disposto no supracitado art. 96.º/1 do CPC, podemos concluir que a competência atribuída ao tribunal administrativo compreende a decisão das questões incidentais postuladas no ponto dois, estando incumbido de pronunciar-se sobre elas, sendo que

tal pronúncia pode valer fora do processo (respetivo) quando estiverem reunidas as condições do n.º2 desse mesmo artigo – já as questões da competência de tribunal pertencente a outra jurisdição, como as de natureza jurídico - privada suscitadas pelo réu como meio de defesa, ficam sujeitas à disciplina do art. 15.º do CPTA (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 188).

O disposto no número 1 do artigo 96.º do CPC apenas faz menção às questões incidentais que o réu suscite como meio de defesa, deixando de fora as “alegadas pelo autor como fundamento do seu pedido, como integrantes da (respectiva) causa de pedir”. Trata-se de “questões que o tribunal [deve] *necessariamente* considerar, na lógica do pedido deduzido, a fim de chegar à apreciação deste, isto é, as respeitantes à

⁷ Art. 91.º da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação n.º 36/2013, de 12 de agosto, que aprova o Código de Processo Civil (mais adiante novo CPC). O diploma legal revoga o Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961 (al. a), art. 4.º) e entra em vigor a partir do dia 1 de setembro de 2013 (art. 8.º).

⁸ Arts. 292 e seguintes do novo CPC.

causa de pedir (ex.: a validade do contrato cujo cumprimento é pedido). Tendo embora a mesma natureza de questão prejudicial que a (exceção peremptória) (...), a competência do tribunal para delas conhecer é inerente à ligação necessária em que estão com o *thema decidendum* (...)” (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 188).

No que tange às questões reconventionais aplica-se o disposto no art. 98.º do CPC⁹, que vincula o tribunal a decidi-las desde que tenha competência para delas conhecer em *razão da matéria e da hierarquia*” (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, p. 188).

3.1.3 Delimitação – Parte II

Outros tipos de questões prejudiciais (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 188).

3.1.3.1 As questões prejudiciais da competência de outro tribunal administrativo

Se essa questão prejudicial constitui objeto de um processo e por efeito “haverá lugar à aplicação (supletiva, mas,) direta do regime do art. 279.º do CPC¹⁰ – de suspensão da ação (administrativa) dependente até decisão do processo prejudicial.”

Não tendo sido, a questão prejudicial, levada a juízo, o tribunal administrativo acionado pode ver a sua competência alargada, por força do princípio de extensão normal da competência judicial às questões incidentais da instância, plasmado no art. 96.º do CPC, em articulação com os princípios da economia e celeridade processuais, e decidir a questão. Ou ver suspensa a ação principal até decisão da questão prejudicial, por aplicação analógica do referido art. 279.º do CPC. Este último caso parece contrariar a convergência de sentido do atual sistema dogmático.

3.1.3.2 As questões prejudiciais de Direito da União Europeia (UE)

O tribunal administrativo, enquanto tribunal comum da UE, como qualquer outro tribunal nacional, estará, regra geral, habilitado a decidir sobre questões prejudiciais de direito da UE, mas, querendo sobrestar, deverá lançar mão do instrumento do *reenvio prejudicial* previsto no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,¹¹ obrigatório, aliás, quando a questão - de interpretação e/ou de validade -

⁹ Art. 93.º do novo CPC.

¹⁰ Artigo 292.º do novo CPC.

¹¹ Artigo 267.º (ex-artigo 234.º TCE)

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) *Sobre a interpretação dos Tratados;*

b) *Sobre a validade e a interpretação dos (atos adotados) pelas instituições, órgãos ou organismos da União.*

se suscite num determinado processo cuja decisão não seja suscetível *de recurso* jurisdicional.

3.1.3.3 As questões prejudiciais de direito constitucional

No concernente às questões de inconstitucionalidade das normas, tendemos a considerar que têm cabimento na competência incidental dos tribunais administrativos (art. 204.º da CRP).

Agora, atentando a questões respeitantes a atos ou figuras jurídicas reguladas na lei fundamental, e cujo conhecimento a título principal e, mesmo, a título incidental está (ao que parece) exclusivamente reservado ao Tribunal Constitucional – como ocorre com os impedimentos ou perda do cargo do Presidente da República (cf. art. 7.º da Lei do Tribunal Constitucional), com a perda do mandato de deputado, (cf. art. 7.º - A), nos processos eleitorais, (cf. art. 8.º), com os processos relativos a partidos políticos, (cf. art. 9.º) etc., - questões “que, embora não frequentemente, podem surgir como prejudiciais de causas administrativas (ou afetas à jurisdição administrativa), relacionadas, por exemplo, com a impugnação de (atos) administrativos ou (ações) de responsabilidade extracontratual.” Desta feita, encontra-se, em princípio, vedado ao juiz do tribunal administrativo o acesso a questões prejudiciais desta natureza, não operando, nesses casos, o comando jurídico de extensão de competências do art. 15.º do CPTA.

4 Discricionariedade e sindicabilidade

4.1 Discricionariedade

Nos termos do disposto no art. 15.º nº 1 do CPTA, cabe ao tribunal, que, para concretizar uma decisão emergente de um determinado processo administrativo, necessite de resolver, previamente, uma questão prejudicial da competência de outra jurisdição, escolher (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 189-190):

- assumir o dever (e poder) de proferir uma decisão incidental sobre a questão prejudicial com efeitos restritos ao processo e proferindo a respectiva decisão principal com base na sua convicção (princípio da suficiência discricionária); ou

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam (suscetíveis) de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível (destaque e parênteses nossos).

- sobrestar na decisão da causa administrativa e remeter a parte, a quem interessa a questão prejudicial, para o tribunal competente para que ela seja aí julgada a título principal (princípio da devolução facultativa do processo), podendo suspender-se o processo “prejudicado” (art. 279.º do CPC) até sobrevir tal decisão.

Para Antunes Varela, o tribunal que esteja nas condições acima referenciadas deverá “como posição de princípio, sobrestar na decisão da questão prejudicial, e deixar que seja o tribunal principalmente competente a decidir dela, sem que isso constitua no entanto um vínculo legal para o mesmo” (VARELA; BEZERRA; NORA, 2006, p. 221 e seguintes).

Do exposto resulta o entendimento de que o poder de sobrestar não constitui um dever jurídico, mas, antes um verdadeiro poder de escolha.

Tratando-se, para o autor, de uma verdadeira discricionariedade em que a expressão “pode”, terá, necessariamente, o sentido de poder de escolha, de oportunidade, de prudente arbítrio. Não de um verdadeiro Poder/Funcional, ou Dever, que, a admitir-se, traria alguma incongruência histórico – legislativa. Consideramos que não é pelo fato de anteriormente se acolher a tese da devolução obrigatória e hoje a tese da devolução facultativa que podemos dar por inexistente a operatividade na devolução. A entender-se assim, tudo se resumiria, na essência, a uma questão de sindicabilidade. De fato, o direito e a tutela são duas realidades distintas, mas, intrinsecamente, interdependentes.

Consideramos, deste modo, que expressão “pode” corresponde a uma verdadeira prerrogativa, um verdadeiro poder/dever, um poder funcional ou operado sobre o intérprete/aplicador do Direito (o juiz). Aliás, basta atentarmos a expressão “prudente arbítrio” ou “poder discricionário” para encontrar a carga de dirigismo legalista operante (necessária) que recai sobre o juiz que devolve ou decide a questão prejudicial sempre que os princípios de contencioso administrativo fundamentais ou outros (mais gerais, tais como, o princípio da confiança e da segurança jurídica e o princípio do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva) aplicáveis reclamem aplicação no caso concreto. Princípios esses que deverão ser entendidos, sempre, por forma articulada, envolvendo-se e desenvolvendo-se no seu próprio sistema dogmático. De fato, à discricionariedade são impostos diversos limites, como o cumprimento do comando jurídico, a articulação do mesmo dentro do sistema de regras e princípios de caráter mais geral e finalmente o cumprimento do elemento teleológico da norma. A discricionariedade num ato, nada mais é que um dever para uma finalidade. O que resulta da discricionariedade nestes termos? Uma realidade com um conteúdo perfeitamente determinável, através de um mero juízo de prognose.

Em suma, entendemos que o poder conferido pela ordem jurídica ao julgador de sobrestar na decisão ou de decidir a questão prejudicial constitui uma verdadeira prerrogativa, um verdadeiro poder funcional dirigido a uma finalidade legal objetiva.

Segundo Antunes Varela, por efeito da falta de especialização do tribunal administrativo sobre matérias que, originariamente, não são da sua competência “a decisão de conhecer incidentalmente a questão prejudicial (...), com efeitos restritos ao [respetivo] processo, poderá não convir muito à aplicação do Direito (...)” (VARELA; BEZERRA; NORA, 2006, p. 221 e seguintes).

Outra razão que poderá sustentar a posição de princípio do autor é a importância da coerência entre julgados, ou melhor, o princípio da homogeneidade das decisões. Procurando-se evitar pronúncias não coincidentes sobre a mesma questão (*vide* Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo*, de 20 – 01 – 2005. P. n.º 0312/04/ Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo*, de 03 – 07 – 2003. P. n.º 0648/ 03). Por outro lado a devolução da questão ao tribunal principalmente competente possibilita aos interessados para além de verem a sua questão a ser apreciada pelo tribunal mais habilitado, beneficiar de uma fase processual de prova, para além de isso ver garantida a sua posição jurídica através de uma decisão final que faz caso julgado material.

Contudo não poderemos descurar o seguinte: o julgador do tribunal administrativo apresentará qualidades transversais a quaisquer outros de uma outra jurisdição. Neste sentido, tratando-se de questões de manifesta simplicidade (*ex maxime* validade e eficácia de atos) e estando reunidos todos os elementos indispensáveis à decisão, o juiz terá mais certezas do que dúvidas, encontrando-se habilitado a decidir da questão prejudicial, não havendo razões plausíveis que o levem a sobrestar na decisão.

Além do mais, o princípio da suficiência, (*vide* Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo*, de 20 – 01 – 2005. P. n.º 0312/04/ Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo*, de 03 – 07 – 2003. P. n.º 0648/ 03) ganha relevo, principalmente quando articulado com o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processuais.

Segundo o princípio da economia processual, numa ampla aceção, “o processo há-de ser, tanto quanto possível, em função do seu (objetivo), eficiente e célere, devendo evitar-se trâmites desnecessários ou excessivamente complicados, comportamentos dilatórios e decisões inúteis.” O princípio constitui uma concretização ou afloramento do princípio da tutela judicial (efetiva) e é “naturalmente um *princípio relativo*, sobretudo no que respeita à celeridade”, devendo atender-se tanto à complexidade do assunto, como “à necessidade de salvaguardar os direitos de defesa e outros interesses legítimos das partes”, bem como à razoabilidade do (respetivo) comportamento.” Interessa pois que a duração do processo não ponha em causa a

realização (efetiva) da justiça material (*periculum in mora*), “o que se pode conseguir através das providências cautelares [quando legalmente admitidas], que asseguram o efeito útil das sentenças (...)” (parênteses nossos) (ANDRADE, 2012, p. 449).¹²

Aliás, e não obstante as considerações iniciais, Antunes Varela considera que *a decisão de conhecer incidentalmente a questão prejudicial* permite uma maior celeridade processual, “sobretudo se a decisão principal sobre a questão prejudicial que se tomasse na sua jurisdição própria for passível de recurso o que constitui uma relativa recomendação ao juiz administrativo para só sobrestar na (respetiva) decisão” (VARELA; BEZERRA; NORA, 2006) quando o substrato da questão prejudicial e/ou a respectiva solução jurídica, dada a complexidade da matéria, estiverem acessíveis “apenas aos conhecimentos experimentados dos juízes da sua jurisdição própria” (a acrescentar às razões de tecnicidade e complexidade das matérias, relevará, também, o fato de o processo não apresentar todos os elementos indispensáveis para uma decisão, o que implicará, conseqüentemente, a criação de uma dúvida razoável na *psique* do juiz). Neste sentido e respectivamente: o Acórdão do STA, de 20-01-2005. P. n.º 0312/04: “[o] respeito pelos princípios da economia e da celeridade processuais concorrem no sentido da mesma conclusão,” devendo, por efeito, o Tribunal abster-se de, “sem que se revele imperioso, retardar com a utilização do “reenvio” o curso da justiça”; o Acórdão do STA, Pleno, de 09-07-1997. P. n.º 028598 – “o art. 4.º n. 2 do ETAF consagrou inovatoriamente o princípio da suficiência administrativa”. Podendo, no entanto, “o juiz sobrestar na decisão a emitir pelo tribunal competente desde que haja razões substantivas que, no caso, aconselhem a paralisação da normal tramitação do processo.”

4.2 Sindicabilidade

Perante a opção do juiz¹³ (que entendemos corresponder a um poder funcional ou operado) de, em determinados casos, sobrestar na decisão do objeto do processo administrativo ou devolver a questão prejudicial ao tribunal (art. 15.º n.º1 *in fine*), originariamente competente, não existe possibilidade de recurso, conforme o disposto

¹² Ver sobre o princípio da tutela jurisdicional efetiva, princípio da celeridade processual, princípio do prazo razoável e o princípio da economia processual, respetivamente. (BRITO, 2008, p. 117, 128, 129, 131).

¹³ I. Disciplina o artº 15º do CPTA a competência dos tribunais administrativos para conhecer e decidir questões prejudiciais do processo administrativo, sem as quais não se pode conhecer o objeto da ação administrativa e que sejam da competência de tribunal pertencente a outra jurisdição, como as de natureza jurídico-privada. II. Concede tal preceito legal ao tribunal administrativo, *a faculdade ou a opção, livre e discricionária*, que deve ser tomada em função das circunstâncias do caso concreto, entre resolver a questão prejudicial com efeitos restritos na ação administrativa ou sobrestar na decisão, devolvendo o conhecimento da questão prejudicial ao tribunal competente, pertencente a outra jurisdição.

III. Em termos semelhantes, disciplinava o artº 4º, nº 2 do ETAF/1984 e o artº 7º da LPTA e disciplina a lei processual civil, no artº 97º do CPC.” (destaque nosso). Portugal. *Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul*, CA- 2.º Juízo de 24-05-2012.

no artigo 679.º do CPC¹⁴ [e artigo 156.º¹⁵, n.º 4, do CPC¹⁶] (questões meramente processuais).^{17 18} Todavia, esse recurso tem viabilidade se tiver como fundamento a falta dos caracteres “da prejudicialidade, ou seja, não se tratar de uma questão de que dependa a decisão de mérito [fundo] da questão principal [*dependência e necessidade*], ou se ela não for da competência de outra jurisdição [*autonomia*] (cf. Acórdão do STA, pleno, de 16.04.1997. P. n.º27375)” (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 190).¹⁹

Nesta linha de pensamento,

se o juiz considera erroneamente que a questão prejudicial é da competência principal da jurisdição civil ou criminal e, por esse motivo, remete a parte interessada para os respectivos tribunais, há recurso da sua decisão de «desaforamento». Já se o julgador considerar que está perante uma “questão civil controvertida”, opinião acolhida por “jurisprudência firme e doutrina uniforme”, “a sua opção já não poderá ser objecto de recurso (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 190-191).

Se o juiz administrativo optar por resolver a questão prejudicial na sua sede (art. 15.º n.º 1 *in fine*)²⁰, essa decisão não é passível de recurso (“em qualquer circunstância”), ainda que se trate de uma “questão especializadíssima que as partes julgassem preferível submeter à intervenção do tribunal principalmente competente” (porque mais habilitado) (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 191).

¹⁴ Art. 630.º do novo CPC.

¹⁵ Art. 152.º do novo CPC.

¹⁶ Como dispõe o Acórdão do STA, de 06-07-2004, de proc. n.º 01147/03 – “(...) o poder do juiz de sobrestar ou não nessa decisão não é sindicável (artigos 679.º e 156.º, n.º 4, do CPC).”

¹⁷ Nesse sentido: Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo /Pleno* de 16/4/97, p. 27375 – “A legalidade da decisão “não sobrestar” é insindicação — artº 679 do Código de Processo Civil —, dada a sua natureza volitiva totalmente livre, que torna inútil qualquer esforço nessa indagação”.

¹⁸ “As partes, mesmo não recorrendo da decisão de “desaforamento” da questão prejudicial podem impedir os efeitos dessa decisão, não lhe dando sequência” (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 190).

¹⁹ Também neste sentido: o Acórdão do STA, de 20- 01 – 2005, proc. n.º 0312/04 - “(...) é certo que a suspensão da instância é uma faculdade que depende do prudente arbítrio do julgador – de acordo com o princípio de devolução facultativa ou suficiência discricionária, de que fala V. de Andrade, in *Justiça Administrativa*, 2ª. Ed. pág. 12 – (v. entre outros ac. deste S.T.A. de 5-2-91, ac. 27.751 in Ap. ao DR pág. 594 e seguintes, de 3-3-94, rec. 30.248, in Ap. ao DR pág. 1556 e seguintes, de 18-10-00, rec. 46.394), também é, antes de mais, exacto, que a aplicação do citado preceito, o qual representa a transposição para o contencioso administrativo do artº 97º do C.P.C., [ver, também, (ALMEIDA; CADILHA, 2010, p. 144 – 146)] requer a existência de uma “verdadeira prejudicialidade” da questão que motiva a suspensão em relação ao conhecimento do objecto do recurso...”; o acórdão STA, de 3 de Julho de 2003, proc. n.º 648/03 – “uma causa depende do julgamento de outra quando na causa prejudicial se tenha de apreciar uma questão cuja solução por si só possa modificar uma situação jurídica que tenha de ser considerada para a decisão a proferir na (ação) ou recurso (dependente)”. [ver, também, (ALMEIDA; CADILHA, 2010, p. 144 – 146)]; o Acórdão do STA, de 08-05-2002, de proc. n.º 047909- “a suspensão da instância ao abrigo do artº 4º nº 2 do ETAF é uma faculdade que depende do prudente arbítrio do julgador, mas requer a existência de uma verdadeira prejudicialidade da questão que motiva a suspensão em relação ao conhecimento do (objeto) do recurso”.

²⁰ Por inferência de princípios gerais implícitos.

Entendemos, imperioso atentar a ponderação dos valores, dos interesses em jogo.

Consideramos que a concretização do poder operado do juiz de decidir ou sobrestar merece um olhar global atento e uma reflexão e tratamento efetivamente mais cautelosos, dirigidos às especificidades do caso e a todo o edifício jurídico implicado. Nesta medida entendemos, sempre que haja um real interesse jurídico material ou processual na lide, serem sindicáveis, no que tange ao objeto do processo, todos os atos processuais relevantes, *ex maxime*, sempre que impliquem um prejuízo sério para qualquer uma das partes intervenientes (esferas de interesses), para a congruência da lide processual ou para a harmonização das decisões sobre assuntos de natureza análoga.

5 Da decisão provocada

Suspensa o processo em virtude da decisão de devolução da questão prejudicial para o tribunal da jurisdição principalmente competente, caberá à (qualquer) parte interessada (“por sua iniciativa ou a convite do tribunal”) fazer prova de que impetrou uma ação *prejudicial* no respectivo tribunal (com competência originária). Caso contrário, e a ação não tendo sido concretizada no prazo de dois meses contados da decisão de suspensão, ou se o respectivo processo estiver parado, durante o mesmo período de tempo, por negligência de qualquer uma das esferas interessadas, o processo do contencioso administrativo segue termos (repristina-se o processo suspenso), e a questão prejudicial é decidida, ainda que com efeitos intra processuais (art. 15.º n.º 2 e 3 do CPTA) (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 191).

Doutra forma,

não se comprovando a instauração da (ação) prejudicial no prazo referido no n.º 2 – ou comprovando-se a sua escusada demora – a lei impõem ao tribunal administrativo que decida *incidentalmente* da questão prejudicial, não autonomamente, claro, mas inscrevendo na decisão da causa, como parte e fundamento desta (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 191).

Essa decisão tem efeitos restritos ao processo administrativo só podendo ser objeto de recurso como parte do recurso dirigido contra a decisão da causa. Fora desta sede, “a decisão prejudicial do tribunal administrativo é como se não existisse – e em rigor nem devia ser aceite como documento instrutório na (ação) principal, se e quando esta for instaurada”. Esta consequência pode ser entendida como uma sanção à conduta do interessado, que terá de suportar uma decisão, por parte de um tribunal que, poderá encontrar-se pior posicionado, porque menos habilitado, *in casu*, para decidir. Por outro lado, no plano da segurança jurídica, verá a sua posição garantida apenas no âmbito do objeto daquele processo (efeito de caso julgado formal). Podendo haver

tríplice identidade processual noutro tribunal, no âmbito de outro processo (ESTEVES DE OLIVEIRA; ESTEVES DE OLIVEIRA, 2006, p. 191).

6 Conclusão

O princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária no contencioso administrativo encontra-se inserido no microssistema de princípios relativos à prossecução processual.

Desdobra-se em dois princípios estruturantes e ocupa uma posição intermédia com relação à tese da devolução obrigatória e do conhecimento obrigatório.

Em termos conteudísticos, sempre que o julgador de um tribunal administrativo estiver diante uma questão prejudicial (ao *thema decidendum*), cuja competência decisória seja atribuída a tribunal pertencente a ordem de jurisdição diversa da sua deverá: sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie (devolução facultativa); ou decidir a questão prejudicial com base nos elementos de prova admissíveis - se bastantes - e com efeitos restritos àquele processo (suficiência discricionária).

A questão prejudicial deverá representar um *antecedente lógico - jurídico* da questão principal [*Questão prévia e prejudicial – Dependência*], ser *autónoma* [*Autonomia processual e jurisdicional*] e *necessária* [*Necessidade*].

O poder do juiz - de decidir ou devolver a questão prejudicial - não se resume a uma mera faculdade ou opção, livre e discricionária, tratando-se, antes, de um poder funcional ou operado, um verdadeiro poder-dever que se configura a partir da realidade fática e processual em questão que por sua vez envolve a mobilização de todo um conjunto de outros valores e princípios de menor densidade mas de maior importância, como os princípios da economia processual e da celeridade processual, o princípio da confiança e da segurança jurídicas e o princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva.

Deste modo, provada a existência de um real interesse jurídico material ou processual na lide, entendemos, no respeitante ao objeto processual, serem sindicáveis todos os atos processuais relevantes, *ex maxime*, sempre que impliquem um prejuízo sério para qualquer uma das partes intervenientes, para a congruência da lide processual ou para a harmonização das decisões sobre assuntos de natureza análoga.

Finalmente, suspenso o processo em virtude da decisão de devolução da questão prejudicial para o tribunal da jurisdição competente, caberá à esfera de interesses fazer prova de que intentou a respectiva ação *prejudicial*.

Se a ação não tiver sido impetrada no prazo de dois meses contados da decisão de suspensão, ou se o respectivo processo estiver parado, durante o mesmo período, por negligência daquela, o processo segue termos e a questão prejudicial é decidida.

Trata-se, no fundo, de uma sanção jurídica à inércia da parte interessada. Tendo, assim, esta que suportar uma decisão, por parte de um tribunal que, poderá encontrar-se pior posicionado, porque menos habilitado.

No entanto, a decisão relativa à questão prejudicial tem uma eficácia limitada ou restrita ao processo administrativo respectivo (eficácia intraprocessual).

7 Referências

ALMEIDA, Mário Aroso de / CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código de Processo nos tribunais Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDRADE, Vieira de. Âmbito e limites da jurisdição administrativa, Reforma da Justiça Administrativa, *Cadernos da Justiça Administrativa*, 2000.

ANDRADE, Vieira de. *Justiça Administrativa: Lições*, 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BRITO, Wladimir. *Lições de Direito Processual Administrativo*. Coimbra: Coimbra, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário. *Código de Processo nos tribunais Administrativos*, v. I. Coimbra: Almedina, 2006.

FREITAS, Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*. Conceitos e Princípios Gerais. Coimbra: Coimbra, 2009.

REIS, Alberto dos. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 1946.

RODRIGUES, Ricardo Alexandre C., MIMOSO, Maria João. Reconfiguração do consensualismo contratual: as ações tituladas nominativas e os limites à transmissão, *Revista Julgar, Law Review*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Julho de 2014. Disponível em: <http://julgar.pt/author/ricardo-alexandre-cardoso-rodrigues>.

RODRIGUES, Ricardo Alexandre C., MIMOSO, Maria João. Reconfiguração do consensualismo contratual: as ações tituladas nominativas e os limites à transmissão, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliarios*; n. 48, agosto de 2014. Disponível em: <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/Cadernos48Artigo2.pdf>.

RODRIGUES, Ricardo Alexandre C., MIMOSO, Maria João. Consensualismo contratual: um princípio do sistema ou uma regra lógica, supletiva, e residual? In MONTEIRO,

António Pinto (coord.). *Temas de Direito dos Contratos*, v. II. Lisboa: Rei dos Livros, 2015 (no prelo).

SANTOS BOTELHO, José Manuel da S. *Contencioso Administrativo* : anotado, comentado, jurisprudência. Coimbra: Almedina, 2002.

SIMAS SANTOS, Manuel, LEAL - HENRIQUES, Manuel. *Código de Processo Penal Anotado*, v. I, 3.^a ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2008.

VARELA, Antunes; BEZERRA, Miguel; Sampaio e Nora. *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

Jurisprudência

Portugal, *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo/Pleno* de 18-02-1998, p. n.º 125899.

Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo*, de 03 – 07 – 200, p. n.º 0648/03.

Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo*, de 20 – 01 – 2005, p. n.º 0312/04.

Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo/ Pleno*, de 09-07-1997, p. n.º 028598.

Portugal. *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo/ Pleno*, de 16.04.1997, p. n.º 27375.

Portugal. *Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul*, CA- 2.º Juízo de 24-05-2012.